

Estudo sobre a reincidência

JOSÉ CARLOS SCALAMBRINI CARNEIRO(*)
Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Noção. 3 - Natureza jurídica. 4 - Formas de reincidência. 5 - Diferença entre réu primário e reincidente. 6 - Crime anterior. 7 - Prova da reincidência. 8 - Pena anterior de multa. 9 - Efeitos da reincidência. 10 - Lapso temporal. 11 - Crimes Militares e Políticos.

1 - Introdução

Neste breve estudo sobre a reincidência, procuramos analisar os seus conceitos - popular e jurídico -, sua natureza jurídica e os graves efeitos e consequências que seu reconhecimento acarreta; desde a exasperação da pena, até a privação de benefícios vários a que tem direito o réu primário e que, em razão da reiteração criminosa, o reincidente não se pode valer.

2 - Noção

Vulgarmente, reincidência tem o significado de tornar a incidir, recair ou, ainda, repetir determinado ato⁽¹⁾. Juridicamente, a reincidência é a situação daquele que pratica um fato punível quando definitivamente condenado por crime anterior; isto é, aquele que volta a delinquir, após ter sofrido uma condenação anterior⁽²⁾.

Tradicionalmente, tem-se incluído a reincidência como causa de elevação da pena, sem se levar em conta que o delinquente reincidente nem sempre é o mais perverso, nem o mais culpável, nem o mais perigoso em confronto com o primário⁽³⁾.

Assim, o autor de vários estupros, que não sofreu ainda uma condenação, é muito mais culpável e perigoso do que o agente reincidente em crime de lesões corporais leves.

(*) - Professor de Direito Penal na Unicastelo.

(1) - "Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa" - 1ª Ed. Editora Nova Fronteira - pág. 560 - 1988.

(2) - Costa Jr., Paulo José da - "Curso de Direito Penal", vol. 1, 3ª Ed. pág. 169, Editora Saraiva - 1995.

(3) - Muñoz Conde - nota ao "Tratado de Derecho Penal de Hans Heinrich Jeschek" vol. II/1 226.

Como acentua Alberto Silva Franco⁽⁴⁾, "o próprio Estado, que pune, não deixa de ser um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o condenado a um processo dessocializador, desestruturando sua personalidade por meio de um sistema penitenciário desumano e marginalizador." O mesmo autor entende como duvidosa a constitucionalidade da agravante, em face do princípio do *ne bis in idem*, que se traduz na proibição da dupla valoração fática e não admite que uma pessoa possa ser punida, por mais vezes, por uma mesma infração. Desse modo, o fato que deu origem a uma condenação não pode, depois, servir de fundamento a uma agravação obrigatória da pena, em virtude de outro fato criminoso.

3 - Natureza jurídica

Contudo, ante o que dispõe o artigo 61, I, do Código Penal, forçoso é concluir que a natureza jurídica da reincidência é de constituir-se em circunstância agravante da pena, muito embora, como se verá adiante, é igualmente considerada para dificultar a obtenção de benefícios e alongar prazos em detrimento do réu reincidente.

4 - Formas de reincidência

A doutrina admite duas formas de reincidência:

- a) real - ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face de crime anterior;
- b) ficta - quando o agente comete o novo crime após haver transitado em julgado sentença que o tenha condenado por delito anterior⁽⁵⁾.

O Código Penal adotou a reincidência ficta, como se depreende do artigo 63, assim redigido:

"Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."

Não importa, na configuração da reincidência, que o crime anterior tenha sido cometido no país ou no estrangeiro; basta simplesmente que a sentença condenatória do crime tenha transitado em julgado. Esta, todavia, é pressuposto indispensável para a configuração da reincidência.

A lei, ao definir a reincidência, usa o advérbio depois. Desse modo, Celso Delmanto⁽⁶⁾ entende que o crime praticado no mesmo dia em que passa em julgado a sentença condenatória do delito anterior não configura a reincidência.

Os doutrinadores classificam ainda a reincidência em duas outras espécies - genérica e específica -, as quais a nossa lei penal consagrava, até o advento da Lei nº 6.416/77, que não mais fez distinção entre elas.

Reincidência genérica é aquela em que os crimes praticados pelo agente são de natureza diversa, ou seja, são previstos em dispositivos legais diversos.

Exemplo: "A" cometeu o crime de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal, passando em julgado a sentença condenatória. Posteriormente a este fato, "A" comete novo crime, mas desta vez aquele previsto no artigo 150: violação de domicílio. "A" é reincidente genérico.

Reincidência específica - é aquela em que o delitos praticados pelo agente são da mesma natureza, isto é, quando previstos pelo mesmo dispositivo legal e ainda quando,

(4) - Silva Franco, Alberto - "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial" - 5ª ed. pág. 781 - Ed. Revista dos Tribunais.

(5) - Damásio E. de Jesus - "Direito Penal", 1ª vol., 19ª Ed., pág. 491 - Editora Saraiva - 1995.

(6) - Delmanto, Celso - "Código Penal Comentado" - Ed. Freitas Bastos - pág. 100 - 1986.

embora previstos em dispositivos diferentes, pelos fatos que os constituem ou por motivos determinantes, apresentam caracteres fundamentais comuns.

Exemplo: "A" cometeu o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal, passando em julgado a sentença condenatória. Posteriormente, "A" comete novo crime de furto. Há a reincidência específica.

Os caracteres fundamentais mencionados acima se determinam objetivamente pela natureza dos fatos ou, subjetivamente, pelos motivos que o determinam⁽⁷⁾.

Qual das espécies é a mais grave? Uns se inclinam pela primeira, por importar ela propensão para o crime em geral, em que o indivíduo tem aptidão variada para delinquir. Outros, porém, opinam pela maior gravidade da reincidência específica: traduz impulsos mais poderosos e tendência mais arraigada para um crime.

Basileu Garcia diz que o reincidente genérico pode ter sido solicitado, em ocasiões diversas, por estímulos transitórios, não coincidentes com íntima e perigosa inclinação delitiva, ao passo que a repetição de infrações semelhantes parece indicar irresistível vocação temperamental para o crime⁽⁸⁾.

O Código Penal, anteriormente à Lei nº 6.416/77, conferia efeitos mais graves à reincidência específica. Assim, de acordo com o artigo 47 que tratava da reincidência, impunha-se a aplicação da pena, acima da semi-soma do máximo com o mínimo, e, dentre as cominadas alternativamente, a mais grave em qualidade. Dela também cuidou a Exposição de Motivos, no item 25.

Exemplo: "A" cometeu um homicídio, após ter sido condenado por homicídio anterior. O artigo 121 do Código Penal comina para tal crime a pena de reclusão de seis a vinte anos (mínimo e máximo). A soma de ambos resulta em vinte e seis anos e a metade dessa soma é treze. De acordo com a regra do antigo artigo 47, inciso I, o juiz teria de aplicar a pena de reclusão, acima de treze anos.

Outro exemplo, agora com a aplicação da pena mais grave em qualidade, dentre as cominadas alternativamente: "A" praticou o crime do artigo 154 do Código Penal (violação de segredo profissional), cuja pena é de detenção de três meses a um ano ou multa. A pena a ser aplicada será a de detenção (acima de sete meses e meio, que é a metade da semi-soma do mínimo e máximo da pena cominada). Observa-se, também, a regra do inciso I do artigo 47.

A lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), ao acrescentar o inciso V ao artigo 83 do Código Penal, revigorou a reincidência específica, em nosso entender, impedindo a concessão do livramento condicional ao réu reincidente nos delitos daquela natureza.

5 – Diferença entre réu primário e réu reincidente

O conceito de criminoso primário se contrapõe ao de réu reincidente. Primário é, não só o que foi condenado pela primeira vez, como o que foi várias vezes condenado, sem ser reincidente⁽⁹⁾. Ex: o agente comete, durante meses seguidos, vários crimes em comarcas diferentes. É processado várias vezes, sendo condenado em todas as comarcas. Embora tenha sofrido várias condenações irrecorríveis, não pode ser considerado reincidente, porquanto não cometeu novo delito, após o trânsito em julgado de nenhuma sentença condenatória. Embora tenha várias condenações, é o chamado de tecnicamente primário. Desde a reforma penal de 1984, não mais se exige que o réu seja primário, em relação a seus diversos institutos, bastando que não seja reincidente; aí se enquadrando os estritamente primários e tecnicamente primários.

(7) – E. Magalhães Noronha – "Direito Penal", vol. 1 – 14ª ed., pág. 273, Editora Saraiva – 1977.

(8) – Basileu Garcia – "Instituições de Direito Penal", vol. 1, pág. 468 – 1954.

(9) – Damásio E. de Jesus – obra citada – pág. 493.

6 – Crime anterior

No conceito de crime anterior, estão incluídos, além dos delitos (dolosos e culposos) definidos no Código Penal, aqueles previstos na legislação penal especial. As contravenções não induzem à reincidência quanto ao crime subsequente. Aquele que comete uma contravenção e é condenado irrecorrivelmente, ao praticar um crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória, não é reincidente. Todavia se praticar outra contravenção, é reincidente, quanto a esta, por expressa disposição do artigo 7º da Lei das Contravenções Penais.

Recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal produziu decisão que considerou a condenação por contravenção como uma mancha nos antecedentes criminais do réu, motivando o aumento da pena-base:

"O aumento da pena-base encontra-se devidamente motivado, já que a condenação definitiva anterior por contravenção penal, embora não sirva de caracterização de reincidência, atua como mácula aos antecedentes penais (DJU 710.84, pág. 26.824 – Rel. Min. Ilmar Galvão)."

Ao que parece, o acórdão mencionado erigiu a condenação irrecorrível de condenação por contravenção penal anterior, à categoria de agravante, de sorte a aumentar a pena. Embora tenha ressalvado que não se caracteriza a reincidência, foi com base numa anterior condenação por contravenção que a pena foi exasperada. Como maus antecedentes não configuram uma circunstância agravante propriamente dita (artigo 61 do Código Penal), mas apenas mais um critério de fixação da reprimenda, a teor do artigo 59 do Código Penal e levando em conta que a primariedade tem fator preponderante na fixação da pena-base (JTACrimSP 31/368) estamos diante de caso em que a condenação por contravenção foi considerada reincidência.

7 – Prova da reincidência

A prova da reincidência se faz mediante certidão da sentença condenatória anterior, com referência de ter sido passada em julgado.

A jurisprudência da Suprema Corte, todavia, tem admitido a prova da reincidência de outra forma, como se vê da decisão proferida pelo Plenário e contida no DJU de 23.9.94, pág. 25.314, sendo relator o Min. Ilmar Galvão:

"A folha de antecedentes criminais expedida pela Polícia Civil é idônea a comprovar reincidência, até prova em contrário, quando dela constem as informações necessárias à identificação da condenação anterior e de seu trânsito em julgado."

Um antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Min. Antônio Neder, publicado no DJU de 17.10.95, pág. 7.571, entendia: "é admissível como prova de reincidência o telegrama (ou ofício) do juiz que, havendo proferido a sentença anterior, confirme a existência desse ato e esclareça que ele transitou em julgado." E ao que parece, esta ainda é posição dominante na jurisprudência, não se exigindo o rigorismo de certidão do cartório criminal por onde tramitou a ação penal anterior.

8 – Pena anterior de multa

Antes da reforma penal de 1984, havia duas posições da jurisprudência, quanto à pena de multa ensejar ou não a reincidência. Para uma não havia reincidência; para a outra, ela existiria se ambos os crimes fossem dolosos.

A Lei nº 7.209/84 deu nova redação ao § 1º do inciso III do artigo 77 do Código Penal, estabelecendo que a condenação anterior à pena de multa, não impede a concessão do sursis.

Damásio entende que, não especificando o artigo 63 a espécie de pena, existe a reincidência⁽¹⁰⁾. No sentido do texto há decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inserto na RJTJSP 138/488. Contrariamente algumas decisões do TACrim (RT 396/315 e 511/382).

9 – Efeitos da reincidência

A reincidência traz ao réu as seguintes consequências:

- 1 – é circunstância agravante (artigo 61, I);
- 2 – constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes e atenuantes (artigo 67, última parte);
- 3 – impede a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (artigo 44, II) ou multa (artigo 60, § 2º);
- 4 – impede a concessão do *sursis* quando a reincidência for por crime doloso (artigo 77, I);
- 5 – aumenta o prazo de cumprimento da pena, para obtenção do livramento condicional (artigo 83, II);
- 6 – aumenta o prazo de cumprimento da pena para o livramento condicional, nos casos de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (artigo 83, V);
- 7 – impede a concessão de livramento condicional, no caso de reincidência específica nos crimes dessa natureza (hediondos, etc – artigo 83, V, parte final);
- 8 – aumenta o prazo de prescrição da pretensão executória (artigo 110, *caput*, última parte);
- 9 – interrompe a prescrição (artigo 117, VI);
- 10 – impede a aplicação de algumas causas de diminuição da pena (artigos 155, § 2º; 170, 171, § 1º);
- 11 – pode ser causa de aumento de pena na contravenção de porte de arma (art 19, § 1º, da Lei das Contravenções Penais);
- 12 – pode integrar o tipo da contravenção de posse de instrumento empregado em furto (artigo 25 da Lei das Contravenções Penais);
- 13 – influi na revogação do *sursis*, do livramento condicional e da reabilitação (artigos 81, I e § 1º; 86, 87 e 95) e
- 14 – reflete no direito de apelar em liberdade (artigo 594 do CPP).

Sendo circunstância agravante, nos termos do artigo 61 do Código Penal, a reincidência sempre irá contribuir para exasperar a pena a ser aplicada. No caso de ocorrer a prescrição da ação penal anterior, não se caracterizará a reincidência. Nesse sentido, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu:

“A prescrição da ação penal extingue não só a punibilidade mas também o precedente criminal. Assim, prescrito o feito repressivo, cometendo o réu nova infração, não será reincidente” (JUTACrim 31/81 – rel. Juiz Xavier Homrich).

Já a prescrição da pretensão executória afasta apenas o direito de executar a pena imposta, seja ela corporal ou pecuniária e não extingue o crime; sendo possível se reconhecer, apesar da prescrição da condenação, a reincidência, se o agente vier a cometer novo delito.

O artigo 67 do Código Penal considera a reincidência como circunstância preponderante quando houver o concurso de agravantes e atenuantes, de sorte que irá prevalecer sobre a minorante.

Quando presente, a reincidência não permite que o juiz substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa. Se o agente for reincidente em crime doloso, não pode ser beneficiado com a suspensão da execução da pena.

A recidiva aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, exigindo que cumpra mais da metade da pena imposta. No caso de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, para fazer jus ao benefício deverá cumprir mais de dois terços da pena e não deve ser reincidente específico em crimes dessa natureza. Depreende-se do artigo 83, V, última parte, que no caso de o agente ser reincidente nesses delitos, não terá direito ao livramento condicional.

A reincidência aumenta o prazo prescricional da pretensão executória em um terço, se o condenado for reincidente, e interrompe a prescrição em curso.

O artigo 155, § 2º do Código Penal, permite ao juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la em até dois terços ou aplicar somente a pena de multa. Tal dispositivo tem aplicação também nos crimes de apropriação indébita (artigo 168), apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (artigo 169), *caput*, apropriação de tesouro (artigo 169, I), apropriação de coisa achada (artigo 169, II) e estelionato (artigo 171, *caput*). Todavia, exige que o criminoso seja primário, de sorte que a reincidência impede a aplicação desses benefícios.

No caso de contravenção de porte de arma (artigo 19 da Lei das Contravenções Penais), a reincidência é causa de aumento de pena, se o crime praticado constituir violência contra a pessoa. A reincidência integra a contravenção penal do artigo 25 da Lei das Contravenções Penais (posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto), se o agente for anteriormente condenado por crime de furto ou roubo.

Se o agente beneficiado com *sursis* for condenado por crime doloso, a revogação do benefício será obrigatória; sendo porém facultativa, se a condenação for por crime culposos ou por contravenção, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. No caso de o agente estar em livramento condicional, a reincidência determinará obrigatoriamente sua revogação; sendo facultativa, no caso de condenação por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade. Também a reabilitação será revogada, se o agente for condenado a pena que não seja de multa. A reincidência não permite que o condenado reincidente possa apelar ou prestar fiança, sem recolher-se à prisão (artigo 594 do Código de Processo Penal).

10 – Lapso temporal

Existem três sistemas acerca da eficácia temporal da condenação anterior, para efeito da reincidência.

Sistema da Perpetuidade, segundo o qual não importa o prazo decorrido entre o termo inicial e a prática de novo crime. Garófalo, Nicéforo e Porto, citados por Damásio⁽¹¹⁾, dizem que quanto maior o período de tempo, mais firme se mostra a tendência criminosa do agente. As leis inglesas e os códigos da Espanha, Grécia, Egito e Itália adotam esse sistema.

Sistema da Temporalidade, para o qual não há reincidência quando entre o termo inicial e a prática do novo delito transcorre determinado período. Diversas legislações estrangeiras adotam esse sistema, variando o critério quanto ao termo *a quo* e quanto ao prazo: Código Penal argentino, mexicano, suíço, polonês, japonês, chinês, uruguaio, dinamarquês, peruano, alemão, chileno, colombiano, boliviano, paraguaio, panamenho e venezuelano.

(10) – Damásio E. de Jesus – obra citada – pág. 493

(11) – Damásio E. de Jesus – obra citada – pág. 495

Sistema Misto, permite a atenuação da agravação resultante da reincidência em proporção ao tempo decorrido: quanto maior o tempo entre a condenação anterior e a prática do novo crime, menor é a agravação da segunda pena ⁽¹²⁾

O Código Penal de 1940 adotou o sistema da perpetuidade. Após a reforma da Parte Geral de 1984, foi adotado o sistema da temporariedade.

O atual artigo 64, I do Código Penal dispõe:

"Para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou livramento condicional, se não ocorreu revogação."

É impropriamente chamada de prescrição da reincidência. Pode-se falar em prescrição da condenação anterior para efeito da reincidência ou em eficácia da condenação anterior para tal efeito, que não deve ser levada em conta se entre a data da extinção da pena e o crime posterior, decorreu tempo superior a cinco anos.

O termo inicial do prazo de cinco anos conta-se: do cumprimento da pena; de sua extinção por outra causa ou do início do período de prova do *sursis* ou do livramento condicional sem revogação.

Quando penas de natureza diversa são impostas cumulativamente (reclusão, detenção, multa, etc.); se cumprida a primeira e não satisfeita a segunda, o prazo ainda não tem início. No caso de pagamento de multa em parcelas mensais, o prazo passará a correr do pagamento da última prestação. Nos casos de suspensão condicional da pena e livramento condicional, o prazo tem início a partir da audiência admonitória. Se o réu foi indultado, conta-se da data de publicação do decreto que o concedeu. No caso de casamento da vítima com o agente, nos crimes contra os costumes, o termo inicial é a data do matrimônio. O prazo, em todos os casos, conta-se pela regra do artigo 10 do Código Penal, incluindo-se o dia do começo.

Após o decurso de cinco anos entre o termo inicial e novo crime, o réu adquire a condição de primário. Remanesce, entretanto, a condenação, para efeito de aferição de antecedentes (artigo 59 do Código Penal).

11 – Crimes militares e políticos

Os crimes militares e políticos não são considerados para efeito de reincidência.

Antônio Bruno, mencionado por Damásio ⁽¹³⁾, explica que há uma tendência no sentido de tratar os delitos políticos com liberalidade, reconhecendo que têm "sentido diverso dos demais crimes" e demonstram "ausência daquele caráter individual e anti-social dos motivos".

Dividem-se em: puros (de exclusiva natureza política) e relativos ou delitos políticos mistos ou complexos, que ofendem simultaneamente a ordem político-social e um interesse privado. Também são próprios, quando ofendem a organização política do Estado, e impróprios, os que ofendem um interesse político do cidadão.

Os crimes militares são chamados próprios e impróprios. Os primeiros são definidos apenas no Código Penal Militar (arts. 9º, I e 10, I), tal como o delito de deserção. Os impróprios são descritos também na legislação penal comum. Ex: homicídio, estupro, etc.

Os crimes militares próprios e os políticos (próprios e impróprios) não são considerados para efeito de reincidência, por não terem a mesma natureza dos crimes comuns.

São estas, em resumo, as modalidades e as principais características e efeitos da reincidência, que trazem graves consequências ao réu reincidente, que nesse trabalho podemos abordar.

(12) - idem.

(13) - Damásio E. de Jesus - obra citada - pág. 500

Bibliografia

Basileu Garcia - "Instituições de Direito Penal", vol. 1, 1954.

Costa Jr., Paulo José da - "Curso de Direito Penal", vol. 1, 3ª ed., Editora Saraiva - 1995.

Damásio E. de Jesus - "Direito Penal", 1ª vol, 19ª ed., Editora Saraiva - 1995.

Delmanto, Celso - "Código Penal Comentado" - Ed. Freitas Bastos - 1986.

Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa - 1ª ed., Editora Nova Fronteira - 1988.

E. Magalhães Noronha - "Direito Penal", vol. 1 - 14ª ed., Editora Saraiva - 1977.

Muñoz Conde - nota ao "Tratado de Derecho Penal", de Hans Heinrich Jeschek, vol. II.

Silva Franco, Alberto - "Código Penal e sua interpretação jurisprudencial" - 5ª ed - Ed. Revista dos Tribunais.